

## DIAGNÓSTICO DA LEGISLAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA: CRÍTICAS E SUGESTÕES<sup>(\*)</sup>

Damásio E. de Jesus<sup>(\*\*)</sup>

1. O atual sistema criminal brasileiro. 2. O que pode ser feito a longo prazo. 3. Medidas de aplicação imediata.

### 1. O atual sistema criminal brasileiro

O Direito Penal, no Brasil, sempre apresentou uma feição clássica: tutelar, fragmentária e de intervenção mínima. De acordo com os conceitos tradicionais, a norma penal incriminadora visa a proteger os bens jurídicos fundamentais da sociedade. Não, porém, de forma absoluta. Tem a seu cuidado somente os bens considerados os mais relevantes. Assim, nem todos são penalmente resguardados. E em relação aos interesses mais importantes, não os ampara de todas as condutas ofensivas, incriminando exclusivamente as de maior gravidade. Esse caráter fragmentário do Direito Penal o conduz à intervenção mínima e subsidiária, cedendo às outras disciplinas legais a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana e atuando somente em último caso (*ultima ratio*). Com efeito, só deve agir quando os demais ramos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela (Nilo Batista, *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Revan, 1990, p. 84). Esta é a visão clássica do Direito Penal que tínhamos: garantista, fragmentário e subsidiário, onde se concedia relevo ao denominado «controle social formal».

Nos últimos anos, entretanto, passou a surgir, em aparições constantes, um novo Direito Penal brasileiro, já atuante em outros países: simbólico, promocional, excessivamente intervencionista e preventivo, com fundamento na infusão do medo na população e na sugestão da suposta garantia da tranquilidade social (sobre o tema geral: Wilfried Hassemer, *Perspectivas de uma moderna Política Criminal*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 8:41).

(\*) N. do A.: Algumas das idéias aqui lançadas resultam de palestras e discussões que assistimos e mantivemos com Alberto Silva Franco e Luiz Flávio Gomes, as quais assumimos e passamos a defender.

(\*\*) Professor, advogado e parecerista.



A difusão incontrolada de fatos aterradores, como latrocínios, estupros, homicídios, chacinas etc. produzem na população uma sensação de total insegurança. Valem-se disso os partidários dos Movimentos de Lei e Ordem, advogando medidas repressivas de extrema severidade.

Preventivo, o Direito Penal de hoje descreve normas incriminadoras relacionadas a um cem número de setores da atividade humana, pouco importando a natureza do fato, seja eleitoral, ambiental, referente ao consumo, Informática etc (exs.: Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente e normas penais tributárias, como a Lei n. 8.137/90). Atribui-se-lhe a tarefa de disciplinar os conflitos antes mesmo que sejam regulamentados pelas disciplinas próprias dessas áreas (Wilfried Hassemer, *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, trad. de Carlos Eduardo Vasconcelos, Revista dos Tribunais, 1994, 6:63, n. 4.2.2). Com isso, perde o caráter de intervenção mínima e última de ser um direito fragmentário e subsidiário, adquirindo natureza de um conjunto de normas de atuação primária e imediata. Não é mais a última razão. É a primeira. A sanção penal, por força disso, passa a ser considerada pelo legislador como indispensável para a solução de todos os conflitos sociais (Alberto Silva Franco, *Crimes hediondos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3a. ed., 1994, p. 36 e nota 4). É o «remédio para todos os males» (René Ariel Dotti, *Penas e medidas de segurança no Anteprojeto de Código Penal*, Revista de Direito Penal e Criminologia, Rio de Janeiro, Forense, 1981, 32:52).

Essa nova fisionomia da legislação penal brasileira produz efeitos negativos. A natureza simbólica e promocional das normas penais incriminadoras, num primeiro plano, causa a funcionalização do Direito Penal, transformando-o na mão avançada de correntes extremistas de Política Criminal. É o que está ocorrendo no Brasil, onde correntes de opinião partidária do princípio da lei e ordem pressionam os congressistas à elaboração de leis penais cada vez mais severas e iníquas. Sob outro aspecto, esse movimento faz com que o Direito Penal e o Direito Processual Penal percam a forma. Quanto ao estatuto penal, os tipos incriminadores passam a ser descritos com a inclusão de normas elásticas e genéricas, enfraquecendo o princípio da legalidade e da tipicidade. No afã de «combater» e «extinguir» o delito, filosofia penal vencida e ultrapassada, novas leis são incessantemente editadas, o que Juarez C. Silva denomina «infração legislativa» (*A macrocriminalidade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 259) e Alberto Zacharias Toron, «esquisofrenia legislativa». Entram em vigor, «na mesma data de sua publicação», leis a granel, umas sobre outras, malfeitas, sem técnica, formando um emaranhado confuso e contraditório. No campo do processo penal, encurta-se a distância entre a investigação e o procedimento instrutório, desaparecendo o limite entre as fases investigatória e judicial. É o que acontece na vigência da Lei n. 9.034/95 (Lei do Crime Organizado), que, no art. 2º, regula meios de prova e procedimentos investigatórios «em qualquer fase de persecução criminal» (grifo nosso). Na área penitenciária, amontoam-se detentos na mais miserável promiscuidade.

É o império do «Movimento de Lei e Ordem», responsável pela funcionalização do Direito Penal e da perda da forma deste e do Direito Processual Penal. João Marcello de

Araújo Júnior, abordando o assunto, elenca as principais características desse pensamento:

«1. a pena se justifica como castigo e retribuição, no velho sentido, não devendo a expressão ser confundida com o que, hoje, denominamos retribuição jurídica»;

Exemplo desse caráter retributivo da pena encontra-se no art. 59 do Código Penal, que, disciplinando a individualização judiciária, determina sua dosagem de acordo com o que seja «necessário» para a «reprovação do crime». Mantém-se como castigo e expiação.

«2. os chamados crimes atrozes devem ser punidos com penas severas e duradouras (morte e privação de liberdade longa)»;

Foi o que ocorreu com a Lei dos Crimes Hediondos, que agravou as penas dos crimes de estupro, atentado violento ao pudor, latrocínio etc. (art. 6º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990). Para dar um exemplo, o estupro e o atentado violento ao pudor, em suas formas típicas simples, passaram a ter a pena mínima de 6 anos de reclusão, a mesma do homicídio doloso simples; o latrocínio contra menor, a pena máxima de 45 anos de reclusão.

«3. as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos devem ser cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, devendo ser o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinado aos demais condenados»;

A Lei dos Crimes Hediondos, atendendo a esse discurso, determinou o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos crimes que considerou, em estabelecimentos penais de segurança máxima (art. 3º), proibindo a progressão nos regimes (art. 2º, § 1º). Da mesma forma, a Lei n. 9.034/95, a denominada Lei do Crime Organizado, determinou no art. 10 o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade em regime fechado, impedindo a individualização judicial na sentença condenatória e no começo de sua execução.

«4. a prisão provisória deve ter o seu espectro ampliado, de maneira a representar uma resposta imediata ao crime»;

Nesse campo, a Lei dos Crimes Hediondos proibiu a fiança e a liberdade provisória (art. 2º, II), tendo ampliado o prazo da prisão temporária (art. 2º, § 3º). E a Lei do Crime Organizado, além de também impedir a liberdade provisória (art. 7º), fixou o seu termo máximo em cento e oitenta dias (art. 8º). Na fase recursal, a Lei do Crime Organizado proibiu a apelação em liberdade (art. 9º), princípio que certamente será mitigado pela jurisprudência, como foi em relação à Lei dos Crimes Hediondos (Luiz Flávio Gomes, *Direito de apelar em liberdade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994).

«5. deve haver uma diminuição dos poderes de individualização do juiz e um menor controle judicial da execução, que, na hipótese, deverá ficar a cargo, quase que exclusivamente, das autoridades penitenciárias» (João Marcello de Araújo Júnior, «Os grandes movimentos da Política Criminal de nossos tempos — aspectos», in *Sistema penal para o terceiro milênio*, Rio de Janeiro, Revan, 1991, p.72).

Nesse plano, a Lei dos Crimes Hediondos impediu a individualização judicial na fase de cumprimento da pena, proibindo a progressão executória para regime menos rígido (art. 2º, § 1º), o mesmo ocorrendo com a Lei do Crime Organizado (art. 9º da Lei n. 9.034/95).

O «Movimento de Lei e Ordem» separa a sociedade em dois grupos: o primeiro, composto de homens de bem, merecedores de proteção legal; o segundo, de homens maus, os criminosos, aos quais se endereça toda a rudeza e severidade da lei penal (Hassemer & Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, 1989, p. 37; Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior, *Pena e Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 105). É o que está acontecendo no Brasil. Cristalizou-se a idéia de que o Direito Penal pode resolver todos os males que afligem os homens bons, exigindo-se a definição de novos delitos e o agravamento das penas cominadas aos já descritos, tendo como destinatários os homens maus (delinquentes). Para chegarmos a esse ponto, os meios de comunicação tiveram grande influência (Raúl Cervini, *Incidencia de las «mass media» en la expansión del control penal en Latinoamérica*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, 5:36). Como a violência atrai público, vendendo jornais e audiência, deu-se enorme publicidade aos delitos de maior gravidade, como assaltos, latrocínios, seqüestros, homicídios, estupro etc. A insistência do noticiário desses crimes criou a síndrome da vitimização. A população passou a crer que a qualquer momento o cidadão poderia ser vítima de um ataque criminoso, gerando a idéia da urgente necessidade da agravação das penas e da definição de novos tipos penais, garantindo-lhe a tranquilidade (*vide* desenvolvimento do tema in Alberto Silva Franco, *Crimes hediondos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1994, p. 32 e nota 2). E essa pressão chegou aos legisladores.

Da adoção pela legislação penal brasileira dos princípios do «Movimento de Lei e Ordem», temos como exemplos recentes a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei do Crime Organizado, respectivamente, Lei n. 8.072/90 e Lei n. 9.034/95.

A Lei dos Crimes Hediondos, com base no Direito Penal simbólico, ao tempo do crescimento entre nós da prática do crime de extorsão mediante seqüestro, resultou da pressão social sobre o fenômeno, derivando o agravamento da pena e o tratamento severo dos delinquentes, como a proibição da prisão provisória, graça e anistia, cumprimento integral da pena em regime fechado, restrição temporal ao livramento condicional etc. Isso causou um descompasso entre os delitos por ela tratados e os outros crimes, regidos ainda pelo Direito Penal clássico. É o caso da delação premiada, forma pífida de suavização da reprimenda, que permite a diminuição da pena, às vezes até de dois terços, na hipótese de o membro da quadrilha, traíndo os demais, possibilitar o sucesso da investigação criminal (exs.: crime de extorsão mediante seqüestro, Código Penal, art. 159, § 4º; Lei do Crime Organizado, art. 6º).

Diante do homicídio de uma artista de televisão e da chacina de menores delinquentes e criminosos por grupos extremistas, o legislador brasileiro editou a Lei n. 8.930, de 7 de setembro de 1994, incluindo no rol dos crimes hediondos o homicídio simples cometido em ação típica de grupo de extermínio e o homicídio qualificado. De péssima redação, o texto apresenta enorme dificuldade de interpretação.

A Lei do Crime Organizado constitui nosso mais recente exemplo de normas simbólicas e promocionais. A Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, que na verdade não trata do fenômeno do crime organizado, e, sim, disciplina a produção de prova e procedimentos investigatórios, permite o «flagrante esperado retardado» em face de mera «suposição» da autoridade policial da existência de atividade criminosa de quadrilha ou bando (art. 2º, II). Não se exige nem indícios de autoria e materialidade do crime para o início das investigações. E havendo prisão, impede a liberdade provisória aos que «tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa» (art. 7º). Além disso, desconhecendo nosso processo penal acusatório, atribui ao juiz a missão de pessoalmente colher provas, atuação absurda e inconstitucional, estreitando os limites entre as fases de investigação criminal e de instrução judicial. A inovação é tão contrária ao bom senso que se tem conclamado a sua não aplicação pelos juízes, promotores e delegados de polícia (*vide* Ada Pellegrini Grinover, «Que juiz inquisidor é esse?», in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, junho de 1995, n. 30, p.1).

E esse pensamento tem chegado à jurisprudência, que tem admitido, nos delitos societários, o recebimento da denúncia carente da descrição da conduta dos acusados, bastando a narração genérica do fato (Supremo Tribunal Federal, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 101:563 e 114:228; Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* 3.335, 5ª Turma, DJU 7/8/95, p. 23.050). No *Habeas Corpus* 3.295, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, entendeu que a «nova ordem constitucional, preocupada com a grande criminalidade, fornece ao juiz elementos exegéticos para uma melhor inteligência do art. 41 do Código de Processo Penal» (que prevê os requisitos da denúncia), «não sendo inepta a denúncia que, nos crimes de autoria coletiva, descreve» genericamente «a atividade dos infratores» (DJU 7/8/95, p. 23.093; grifo do original). Permite-se que a individualização dos vários comportamentos resulte da prova colhida na instrução criminal (Supremo Tribunal Federal, *Recurso de Habeas Corpus* 65.491, 2ª Turma, DJU 20/11/87, p. 26.010). Transforma-se a instrução criminal em procedimento de coleta de dados, tornando tênue o limite entre a fase investigatória e a judicial instrutória, orientação muito nos moldes da «lei e ordem».

Existe hoje no Brasil a falsa crença de que somente se reduz a criminalidade com a definição de novos tipos penais, o agravamento das penas, a supressão de garantias do réu durante o processo e a acentuação da severidade da execução das sanções, posição mundialmente generalizada, como expõe Hassemer (*Fundamentos del Derecho Penal*, 1984, p. 94). Na palavra de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, «duas vêm sendo as premissas básicas dessa política puramente repressiva no Brasil: a) incremento de penas (penalização); b) restrição ou supressão de garantias do acusado» (*Crime organizado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 28). A sanção detentiva é cominada para delitos de grande e de pequeno poder ofensivo, sendo de pouca aplicação as penas alternativas. De modo que encontramos cumprindo pena privativa de liberdade, muitas vezes sem separação celular, infratores de intensa periculosidade e condenados que poderiam estar submetidos a medidas sancionatórias não detentivas. Não se faz distinção entre a criminalidade de alta reprovação e a criminalidade pequena ou média (Luiz Flávio Gomes e

Raúl Cervini, *Crime organizado*, cit., p. 31). Tomando um exemplo entre milhares, a *Folha de S. Paulo*, na edição de 7 de agosto de 1995, publicou a notícia do servente de pedreiro Emir Camilo de Léles, de 22 anos de idade, que, em Belo Horizonte, está cumprindo pena de 1 ano e meio de reclusão, em regime fechado, por ter, em 1992, furtado três canários belgas.

Está desacreditada a idéia de que o delito é uma atitude anormal do homem e, por isso, deve ser combatido com princípios rígidos da lei e da ordem. Hoje, considera-se o crime como um comportamento «normal», atingindo a humanidade de forma integral no tempo e no espaço, no plano horizontal e vertical. O delito sempre existiu e sempre existirá. Ocorre em todos os países, em todas as civilizações, sejam quais forem os seus costumes, alargando-se no campo horizontal. Tem o dom da ubiquidade. Na vertical, atinge todas as camadas sociais, do mais humilde agrupamento humano ao mais socialmente desenvolvido. É impossível extingui-lo. Pode-se, entretanto, reduzi-lo a níveis razoáveis e toleráveis (Antonio Garcia-Pablos de Molina, «La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho», in *Estudios penales y criminológicos*, 15:183 e ss.).

O Direito Penal brasileiro se mostra em fase de concordata. Incursionando no rumo da «Corrente de Lei e Ordem» (Francisco de Assis Toledo, «Crimes hediondos», in *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, Antônio Fabris Editor, 5:59, n. 2), está colhendo o fracasso de seus princípios. Além de não conseguir baixar a criminalidade a índices razoáveis, gerou a sensação popular da impunidade, a morosidade da justiça criminal e o grave problema penitenciário (sobre o tema: Alberto Zacharias Toron, «Prevenção, retribuição e criminalidade violenta», *Revista dos Tribunais*, 694:275).

A pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica, está falida (César Roberto Bitencourt, *Falência da pena de prisão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993). Não readapta o delinqüente. No testemunho de Evandro Lins e Silva, «ela perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. Se não a pudermos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ela é indispensável» (De Beccaria a Filippo Gramatica, in *Sistema penal para o terceiro milênio*, Rio de Janeiro, Revan, 1991, pp. 33 e 34). Manoel Pedro Pimentel, em 1977, já dizia que nesse campo «nosso insucesso é total» (*O Estado de S. Paulo*, edição de 1º de julho de 1977, declaração recordada e mencionada por Virgílio Donnici, *A criminalidade no Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 98). Urge que a prisão seja imposta somente em relação aos crimes graves e delinqüentes de intensa periculosidade. Nos outros casos, deve ser substituída pelas medidas e penas alternativas e restritivas de direitos, como multa, prestação de serviço à comunidade, limitação de fim de semana, interdições de direitos, *sursis* etc. (René Ariel Dotti, *A reforma penal e penitenciária*, Curitiba, Livraria Ghignone, 1980; *Bases e alternativas para o sistema de penas*, Curitiba, Littero-Técnica, 1980; Jason Albergaria, *Das penas e da execução penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 38, 5.3). A aplicação irrestrita da pena de prisão e seu agravamento, como vem acontecendo no Brasil, não reduzem a criminalidade. Prova disso é que não conseguimos diminuí-la após o advento da Lei dos Crimes Hediondos e da Lei n. 8.930/94, que incluiu algumas formas

de homicídio no rol da Lei n. 8.072/90. Ao contrário, na Grande São Paulo, só no primeiro semestre de 1995 os crimes de homicídio cresceram 21% em relação ao ano anterior (*O Estado de S. Paulo*, edição de 14/8/95, Cidades, p. C1). Em outro plano, a imposição da pena privativa de liberdade sem um sistema penitenciário adequado gera a superpopulação carcerária, de gravíssimas consequências, como temos visto nas sucessivas rebeliões de presos, fenômeno que vem ocorrendo em todos os países.

Essa é a posição das Nações Unidas. No 9º Congresso da ONU sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado no Cairo (abril-maio de 1995), como nos congressos anteriores (Havana, 1990; Milão, 1985; Caracas, 1980; Gênova, 1975; Kyoto, 1970; Estocolmo, 1975; Londres, 1960, e Gênova, 1955), recomendou-se a utilização da pena detentiva em último caso, somente nas hipóteses de crimes graves e de condenados de intensa periculosidade; para outros delitos e criminosos de menor intensidade delinqüencial, medidas e penas alternativas. As Resoluções n. 8 e 10 do 6º Congresso da ONU (Caracas, 1980), em caráter prioritário, encareceram a urgência dessas medidas. E a Resolução 1/83 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária recomendou a aplicação daquelas duas Resoluções. Com isso, desafoga-se a Justiça e o sistema penitenciário, podendo aquela tratar com mais cuidado dos delitos mais graves. Dessa forma, restaura-se o valor preventivo da justiça penal e da sanção criminal. Nesse Congresso, ao qual comparecemos como representante brasileiro, tomamos conhecimento durante quase duas semanas de dezenas de depoimentos dos 1.600 delegados de 160 países a respeito do fracasso da pena de prisão. E os documentos que nos foram distribuídos são no mesmo sentido: a cadeia fracassou, devendo ser reservada para casos especiais. Dado importante está nas estatísticas que nos apresentaram: a reincidência é maior em relação aos condenados que cumpriram pena privativa de liberdade; menor, no tocante aos submetidos a medidas alternativas, como o *sursis* e a *probation*, ou a penas substitutivas ou alternativas, como a prestação de serviço à comunidade, que tem a preferência da comunidade mundial. E essas informações não são novas. Há duas décadas que nos Estados Unidos a reincidência do egresso prisional varia de 40 a 80%; na Espanha, chega a 60% (César Roberto Bitencourt, *op. cit.*, p. 149). No tocante a quem cumpriu pena ou medida alternativa, como o *sursis*, a reincidência não supera 25%.

É, pois, crença errônea, arraigada na consciência do povo brasileiro, a de que somente a prisão configura a resposta penal (João Marcello de Araújo Júnior, *op. cit.*, p. 78). A pena privativa de liberdade, quando aplicada genericamente a crimes graves e leves, o que Michel Foucault chamaria de «punição generalizada» (*Vigiar e punir*, Petrópolis, Vozes, trad. de Lígia M. Pondé Vassallo, 1977, p. 69), só intensifica o drama carcerário e não reduz a criminalidade. Com uma agravante: a precariedade dos estabelecimentos prisionais no Brasil, como observa José Ferreira, «propicia o convívio indistinto de pessoas de periculosidade diversas, constituindo-se numa autêntica universalidade do crime organizado, onde os detentos assimilam as sofisticadas condições e técnicas voltadas para a prática criminosas» («A crise de recursos no sistema penitenciário nacional», *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, 1994, vol. I, n. 3, p. 39). Por isso, como diz Raúl Eugenio Zaffaroni, «devemos estar convencidos de que a pena privativa de liberdade é o recurso extremo com que conta o

Estado para defender seus habitantes das condutas antijurídicas de outros» (*Política Criminal Latinoamericana*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1982, p. 29, d).

## 2. O que pode ser feito a longo prazo

Reduz-se a criminalidade e a população carcerária somente com a implantação de um movimento global que inclua medidas sociais, econômicas e legais. No âmbito do Direito Penal, Processual Penal e Penitenciário, é conveniente que se façam alterações paulatinamente, evitando choques.

Três pontos devem ser centralizados:

- 1º — redução da criminalidade;
- 2º — agilização da Justiça e
- 3º — diminuição da população carcerária.

Esses temas encontram-se interligados.

A Justiça brasileira, como demonstra relatório do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, atua em 70% de processos envolvendo infrações penais de gravidade mínima (contravenções de direção de veículo sem habilitação, vias de fato, crimes de lesões corporais dolosas sem expressão, insignificantes lesões culposas no trânsito, brigas de bar etc.).

É preciso, pois, descriminar as contravenções, instituir juizados criminais especiais etc. Com isso, os juízes criminais ficariam desafogados, com tempo para tratar com mais cuidado dos delitos de maior gravidade. Isso reduziria o prazo da instrução criminal, permitiria condenações em tempo abreviado, contribuindo para a certeza da punição, o que realmente reduz a criminalidade.

Verificamos no 9º Congresso da ONU (1995) que muitos institutos, idéias e inovações penais estão sendo postos em prática com sucesso por inúmeros países. Dentre outros, podem ser citados a descriminação das contravenções, *probation*, *plea bargaining*, possibilidade de o Ministério Público desistir da ação penal, transformação da espécie de ação penal de pública para privada, sistema de penas alternativas, sistema unitário de penas (entre nós, unificação das penas de reclusão e detenção), possibilidade maior de aplicação do *sursis* e do livramento condicional, extinção da conversão da multa em detenção, juizados especiais de pequenas causas criminais, informatização da Justiça, especialização e formação de juízes promotores, delegados de polícia e peritos na área da Informática, independência do Ministério Público e do Judiciário em face do Poder Executivo, inexistência de controle externo do Judiciário etc. Muitos temas que ainda estamos estudando e discutindo já estão sendo utilizados por inúmeros países com grande sucesso. Recomenda-se a introdução dessas medidas em nosso sistema judiciário e criminal a curto e longo prazo. Nessa linha, a delegação brasileira presente na Quarta Sessão da Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Criminal, realizada em Viena, de 30 de maio a 9 de junho de 1995, chefiada pela Dra. Sandra Valle, Secretária de Justiça do Ministério da Justiça, em sua manifestação oficial, deixou clara a intenção de o Brasil



introduzir e fazer aplicar em nossa legislação os institutos da *probation*, *plea bargaining* e penas alternativas.

Algumas das medidas e penas alternativas já estão previstas em nosso Código Penal. Não são, entretanto, aplicadas. Sua imposição reduziria a população carcerária, como tem ocorrido em outros países.

Sugestões para providências a longo prazo:

1. informatização da Justiça (Polícia, Ministério Público e Judiciário);
2. transformação da ação penal pública incondicionada em condicionada ou privada em alguns delitos de pequena gravidade (Luiz Flávio Gomes, «Direito Penal mínimo — lineamentos de suas metas», in *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, Imprensa Oficial, 1995, 5:81, n. 24);
3. instituição da *plea bargaining*, possibilitando o encerramento do processo em qualquer fase;
4. instituição da *probation*;
5. possibilidade de desistência da ação penal pelo Ministério Público nos casos de inviabilidade da pretensão punitiva;
6. ampliação do benefício da reparação do dano, que entre nós só é admissível antes do recebimento da denúncia ou queixa (Código Penal, art. 16);
7. instituição de um Programa Preventivo de Reincidência Criminal (Alvino Augusto de Sá, *Reincidência criminal*, São Paulo, Universitária, 1987, p. 107, n. 6.3);
8. formação profissional de funcionários penitenciários (criação de escolas penitenciárias);
9. informação da população a respeito das questões criminais, com entrevistas de autoridades, debates, seminários etc.

No 9º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, alguns países, como o Japão, informaram que nos primeiros anos escolares as crianças já recebem noções básicas a respeito das consequências da prática de crimes. E no *workshop* sobre «Os meios de informação e prevenção do crime» reconheceu-se que «o acesso à informação é um fator decisivo para que os meios de difusão desempenhem função alternativa na prevenção da delinquência», recomendando «fazer com que os meios de difusão informem sobre todos os tipos de delitos e métodos de prevenção da delinquência».

### 3. Medidas de aplicação imediata

1. *sursis*: sua admissibilidade nas condenações à pena privativa de liberdade não superior a três anos;

O *sursis*, em muitos países, vem sendo aplicado nas hipóteses em que a pena detentiva não é superior a três anos (entre nós, dois anos). A partir desse limite é admissível o livramento condicional. Com isso, o juiz tem mais uma alternativa na sentença. Segundo depoimentos de alguns delegados presentes no 9º Congresso da ONU

(Cairo, 1995), em 65% das condenações é possível a aplicação da suspensão condicional da execução da pena, evitando o encarceramento do réu. Essa recomendação já havia sido feita, em 1980 por João de Deus Menna Barreto de Araújo (*Violência e criminalidade, propostas de solução*, Damásio E. de Jesus et alii, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 93).

2. incrementação da aplicação do *sursis* com efetiva fiscalização durante o período de prova;

A aplicação do *sursis* entre nós, hoje, equivale à absolvição, uma vez que inexistente fiscalização durante o período de prova. A medida poderia funcionar sob a atuação do juiz da execução e do Ministério Público, com o apoio da comunidade (clube de serviços, entidades comerciais e de assistência social etc.), instituindo-se patronatos e conselhos de comunidade (*vide* sobre a atuação global dos órgãos da Justiça na prevenção da criminalidade: Francisco de Assis Toledo, «A lei, o crime, a pena», in *Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 128).

3. livramento condicional: possibilidade de sua aplicação quando a condenação à pena privativa de liberdade não ultrapasse três anos;

4. efetiva aplicação do sistema das penas alternativas (multa e penas restritivas de direito) nas hipóteses de imposição de sanção privativa de liberdade que não ultrapasse três anos;

No 9º Congresso das Nações Unidas do Cairo o representante da Alemanha informou que, levando-se em conta o número de condenações penais, somente 17% dos réus são encarcerados, submetendo-se os outros 83% a penas restritivas de direitos e multa (penas alternativas), o que vem surtindo bons resultados (*vide* sobre o sistema de penas alemão: Oswaldo H. Duek Marques, «Sistema penal para o terceiro milênio», *Revista dos Tribunais*, 663:390; sobre o tema geral: Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, «Reflexões em torno do Projeto de Política Criminal e Penitenciária da OAB/SP — apreciação crítica e propostas», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 3:108, n. 4.2).

5. instituição de juizados especiais criminais nas hipóteses de infrações penais de pequeno poder ofensivo;

6. descriminalização da maioria das contravenções penais e delitos de pequena gravidade objetiva (*vide* sobre o tema: Raúl Cervini, *Los procesos de decriminalización*, Montevideo, Editorial Universidad, 1991);

7. transformação em crimes de algumas contravenções de maior poder ofensivo, como o fabrico e o porte ilegal de arma e a direção perigosa de veículo, como p. ex., dirigir em estado de embriaguez (*violência e criminalidade*, Ministério da Justiça, Imprensa Oficial, 1980, I:104, G). As contravenções de menor gravidade seriam transformadas em ilícitos administrativos. Como observa Luiz Régis Prado, «a ingerência penal deve ficar adstrita aos bens de maior relevo, sendo as infrações de menor teor ofensivo sancionadas administrativamente», uma vez que «a lei penal atua não como limite da liberdade pessoal, mas sim como seu garante» (*Direito Penal Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 64).

8. submissão dos delitos de maior gravidade ao sistema da ação penal privada, desafiando o Ministério Público;

No 9º Congresso da ONU sobre Combate ao Crime e Tratamento do Delinquente (Egito, 1995), o representante da China informou que em seu país os crimes de menor gravidade são submetidos ao regime da ação penal privada, reservando-se a iniciativa do Ministério Público para infrações de maior poder ofensivo, o que vem desafiando a Justiça Pública.

9. fixação de prazo para a permanência de presos em xadrezes de delegacias (*João de Deus Menna Barreto de Araújo, op. cit., p. 80*).

A par da alteração da legislação penal poder-se-ia sugerir a intensificação da aplicação do *sursis* e das penas alternativas já previstas em nossa legislação. Para isso, tornar-se-á imprescindível a atuação dos juízes da execução e do Ministério Público.

A Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984) prevê, em seu art. 66, as funções do juiz da execução, competindo-lhe:

«V — determinar:

a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução;

VI — zelar pelo correto cumprimento da pena;

VII — inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento;

IX — compor e instalar o Conselho da Comunidade.»

Por sua vez, cumpre ao Ministério Público «fiscalizar a execução da pena», «oficiando no processo executivo» (art. 67 da Lei de Execução Penal) e requerendo «todas as providências necessárias ao desenvolvimento» da «execução da pena» (art. 68, II, *a*), incumbindo-lhe a tarefa «de visitar mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio» (parágrafo único).

O Conselho da Comunidade, nos termos do art. 80 da Lei de Execução Penal, compõe-se de um representante de associação comercial, um advogado e um assistente social. Na falta de um representante indicado pela lei, o juiz da execução pode elaborar a sua composição de acordo com as peculiaridades da Comarca (parágrafo único). Incumbe aos seus membros:

«I — visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na Comarca;

II — entrevistar presos;

III — apresentar relatórios mensais ao juiz da execução;

IV — diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado.» (Art. 81.)

Ocorre, entretanto, que por falta de meios e recursos os juízes da execução e o Ministério Público não têm desempenhado todas as funções que lhe são atribuídas pela

Lei de Execução Penal, como são as de instalação dos patronatos e Conselhos da Comunidade e fazer visitas aos detentos. Como anota *José Ferreira*, «a Lei de Execução Penal, aprovada pelo Congresso Nacional em 1984, é avançada e louvável. Acabou, entretanto, por transformar-se em letra morta pelo descumprimento dos poderes constituídos na alocação de recursos financeiros, humanos e materiais necessários à sua implementação. A falta de instalação e funcionamento dos patronatos e conselhos da comunidade, a não-aplicação das penas alternativas e a crônica falta de recursos para o sistema penitenciário estão inviabilizando a aplicação correta da Lei de Execução Penal» («A crise de recursos no sistema penitenciário nacional» in *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, 1994, v. I, n. 3, p. 37). Não nos esqueçamos de que o juiz é a «peça-chave» da execução penal, desempenhando um relevante papel no cumprimento das penas (*Alberto Silva Franco, Temas de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 104). É preciso que se faça algo para não deixá-lo ao desamparo, sem meios para decidir e agir. Por sua vez, o Ministério Público, fiscal da lei, deve ter à sua disposição meios e recursos materiais e humanos para poder realmente fiscalizar a execução das penas. Os dois, juiz e promotor de Justiça, carentes de recursos, subsistem órfãos na tarefa de zelar pelos direitos subjetivos dos condenados. Nesse campo, o juiz e o Ministério Público não se têm valido da participação da comunidade na fase de execução das penas alternativas. Em muitos países, a contribuição do corpo social é decisiva (*D. Van Zyl Smit, Legal standards and the limits of community sanctions, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Deventer, Holanda, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, v. I, tomo 4:309; entre nós: *Jason Albergaria, op. cit.*, p. 159).

Sugerimos um movimento nacional no sentido de que seja efetivamente aplicada a Lei de Execução Penal, iniciando-se pela promoção, pelo Sr. Ministro da Justiça, de um encontro com todos os Presidentes dos Tribunais de Justiça e Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, contando com a presença e participação dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Nesse encontro solicitar-se-á:

1º — o esforço de todos no sentido da implantação nas Comarcas dos patronatos e Conselhos da Comunidade (Lei de Execução Penal, arts. 78 e 80, respectivamente), com o que poderiam ser aplicadas com maior extensão as penas alternativas consistentes em restrição de direitos previstas no Código Penal (art. 43), principalmente a prestação de serviços à comunidade (art. 46) e o *sursis*;

2º — que os Presidentes dos Tribunais de Justiça e os Procuradores-Gerais de Justiça, com o mesmo propósito, promovam encontros com os juizes e membros do Ministério Público das Comarcas. Nestas, realizariam encontros com os clubes de serviços, entidades comerciais etc., no sentido da instalação de patronatos e conselhos da comunidade.

A par disso, prosseguir-se-á com a alteração da legislação criminal. Para tanto, seriam convidados para participar do encontro representantes do Congresso Nacional, que, cientes do esforço geral, poderiam contribuir para a celeridade da reforma penal.

São Paulo, 16 de agosto de 1995.